

Africanus D. 20. 4. 9. pr [二重入質事例]의 解釋[†]

崔 秉 祚*

I. 원 문

Africanus libro octavo quaestionum D. 20. 4. 9. pr:

Qui balneum ex calendis (Iulii)⁽¹⁾ proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur: idem ante calendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem (,) ⁽²⁾ locatorem praetor tueri deberet, respondit (sc. Iulianus)⁽³⁾ debere: licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiore eius causam habendam.⁽⁴⁾

II. 번역

아프리카누스, 『質疑錄』 第 8 卷 :

다음(7월)⁽¹⁾ 1일부터 목욕탕을 賃借한 자가 借賃이 지급되기까지 노예 에로스를 賃貸人

†) 本稿는 필자가 1985년 12월에 간행된 『厚巖郭潤直教授華甲紀念民法學論叢』 60-77면에 소개했던 『로마私法케이스 解釋方法論 小考—學說類集 個別事例解釋의 形式과 指針—』에 따른 하나의 간략한 例示로서 同小考를 보완하기 위한 것이다. 논의의 수준은 학생들의 과제물 수준이다.

*) 서울大學校 法科大學 助教授

(1) Otto Lenel, "Afrikans Quästionen," SZ 51 (1931) 1 ff., 36.

(2) Gebáver/Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis* (1776) h.l. 記號가 없더라도 텍스트의 理解에는 變함이 없으나 자칫 petentem Erotem을 앞의 hunc creditorem이 아니라 뒤의 locatorem에 연결시킴으로써 임대인이 에로스를 청구하는 것으로 오해할 위험이 있다. 語學的으로 굳이 불가능하지는 않지만 言語慣行과 전체문맥에 반하는 이러한 해석을 하고 있는 例로 船田享二, *ローマ法第3卷*(改版 1970) 694면이 있다.

(3) Alfred Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen, 1. Heft: Zur Geschichte der römischen Hypothek, 1. Teil* (1904) 91 n. 4. Schilling/Sintenis, *Das Corpus Iuris Civilis ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter* (1830ff.), Bd. 2, h.l.는 아프리카누스를 答申者로 보나 잘못이다. 또 S.P. Scott, *Corpus Iuris Civilis, The Civil Law* (1932/1973), Vol. 5, h.l.은 "the opinion was that..."이라 번역하여 答申者를 정확하게 밝히고 있지 않다. 또한 아래 Ⅲ 참조.

(4) Bas. 25. 5. 7. pr("내가 내게 7월 1일자로 물건을 임대하고 토지를 質로 수령한 경우에 내가 1일 前에 타인으로부터 借入하여 그에게 같은 토지를 담보로 제공하였다. 내가 우선한다: 왜

에게 質잡한다는 約定을 체결하였다. 同人이 7월 1일 前에 같은 에로스를 다른 자에게 借入金의 質로서 공여하였다. 에로스를 청구하는 이 채권자⁽²⁾에 대하여 法務官은 貸貸人을 보호할 것인가 아닌가를 자문받고 그(=울리아누스)⁽³⁾는 보호할 것이라고 解答하였다. 왜냐하면 아직 아무 것도 임대차에 의하여 채무가 부담되지 않는 때에 노예가 質로서 공여되었다고 하여도 이미 그때에 에로스는 그에 설정된 質權이 임대인의 의사에 反하여 해소될 수 없다고 하는 상태에 있기 시작하였으므로 임대인의 지위가 우월할 것이기 때문이다.⁽⁴⁾

Ⅲ. 標題事項

1. Sextus Caecilius Africanus⁽⁵⁾

本斷片의 필자 아프리카누스는 盛期古典法學 時代 사비누스學派의 泰頭였던 울리아누스(아래 2)의 年下의 同時代人이자 제자였다. 그가 어떠한 公職을 역임했다는 흔적은 없는 점으로 미루어 볼 때, 아마도 울리아누스와 가이우스의 뒤를 이어 사비누스학파에서 法學教授의 활동을 한 것 같으며, 後期古典法學者인 파울루스는 그의 강의를 들었을 수도 있다. 그밖에 그의 생애에 관해서는 별로 알려진 것이 없다. 후대의 법률가들도 그를 引用하는 일이 비교적 드물다.

아프리카누스의 『質疑錄』은 그의 主著로서 모두 9권인데 121개의 단편이 전해지고 있다. 이것들은 주로 법학수업중에 학생들과 의논한 케이스들이다. Wacke의 연구에 의하면 同書는 130년과 안토니누스 피우스의 治世가 끝나는 해인 161년 사이에 이루어졌음에 틀림이 없다. 아프리카누스의 울리아누스에 관한 관계가 마치 피에테에 대한 Eckermann의 관계에 유사함은 잘 알려진 바이저니와, 이로 인하여 아프리카누스의 사상적 독창성 내지 그의 울리아누스에 대한 사상적 의존성의 정도라는 문제가 제기되는데, Wacke는 D. 19. 2. 33의 解釋과 관련하여 아프리카누스의 獨自性を 평가하고자 시도했다면, Elmar Bund는 大家의으로 결정을 내리며 독창적으로 사고하는 울리아누스와 전반적으로 보다 의존적이고 지리멸렬한 경향이 있는 아프리카누스 사이에 스타일과 수준의 차를 확인할 수 있다고 본다.

우리의 단편에 관한 한, 아프리카누스는 단순히 報告를 하고 있을 뿐이다. 따라서 실제로 答申한 울리아누스(위 註 3)를 살펴볼 필요가 있다.

2. Salvius Iulianus⁽⁵⁾

아프리카누스의 스승 울리아누스는 P. Iuventius Celsus와 더불어 로마 盛期古典法學의 가

나하면 너는 임대차계약을 충족시키지 않으면 안되었기 때문이다.”)는 後代 비잔틴法學의 학문적 성격·관심방향·수준 등의 점에서 고전법학과 좋은 대조를 보여준다. 이에 관해서는 Wieracker, “Πόνοι τῶν διδασκάλων,” *Festgabe für J. Sontis* (1977) 53ff., 67ff. 참조.

(5) A. Wacke, “D. 19. 2. 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt,”

장 중요한 법률가로 통한다. 100년경 북아프리카의 Hadrumetum에서 태어났으며, 안토니누스 피우스 치하에서 執政官(Consul)職을 역임하고(148년), 이어서 여러 屬州의 총독직을 담임하였다. 그는 Iavolenus의 제자로서 하드리아누스 황제 치세 이래 사비누스 학파의 首長으로 활약하였다. 하드리아누스 황제가 그에게 法務官告示의 최종적인 편집을 의뢰한 것은 유명하다(이른바 永久告示錄의 편찬). 세베루스家 황제들의 시대에 이르기까지 후대의 법률가世代의 法實務에 끼친 영향의 면에서도 율리아누스는 동시대의 다른 모든 법률가들을 능가하였다. 그는 後期古典法學에 의해서 가장 자주 引用된 법률가였다(예컨대 율리아누스는 그를 무려 544회나 인용하고 있다).

그의 著作중에서는 특히 90권의 Digesta(學說集)가 중요하다.

Ⅳ. 해 석

1. 事 案

어떤 자가 목욕탕을 오는 7월 1일⁽⁶⁾부터 賃借⁽⁷⁾를 하고 借賃을 담보하기 위하여 노예 에로스⁽⁸⁾를 入質하였는데, 그 후 약정한 임대차기간이 개시하기 전에 第2의 채권자에게 借入金에 대한 담보로서 같은 노예에 다시 質權을 설정하였다. 第2債權者가 第1債權者(임대인)을 상대로 에로스의 반환청구를 한 사건에서 율리아누스의 答申은 第1債權者에게 유리하게 내려졌다.

개별적으로는 다음 사항을 고려할 것이다 :

a) 占有관계에 관한 한, 2次에 걸친 入質에 있어서 用語의 엄격한 사용이 고집될 것은 아니라고 생각된다. 第2債權者가 “청구자”(petens)로서 등장하고 있으므로, “質物로 供與”(pignori dedit)했다는 표현에도 불구하고 第2의 入質은 無占有入質일 수도 있다.⁽⁹⁾ 또 第1債權者가 현재 노예를 占有하고 있다는 사실로부터——엄격히 말하자면——第1의 入

Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (=ANRW) II 15 (1976) 455ff., 458-463; E. Bund, “Salvius Iulianus, Leben und Werk,” ANRW II 15 (1976) 408 ff., 439-441.

(6) 7월 1일은 로마市民들의 일반적인 移徙期日이었다. Pernice, “Pererga,” SZ 19 (1898) 82ff., 92 n. 3.

(7) 목욕탕의 임차인이 沐浴料(balneaticum)를 징수하는 것이 통례였으므로 獨逸法의 用語를 빌리자면 本件 的 경우 用益임대차(Pacht)에 해당할 것이다. Mau, “Bäder,” RE II Sp. 2749; E. Schönbauer, “Lex metali Vipascensis,” SZ 46 (1926) 181ff., 186 n. 2 참조.

(8) 로마에서는 목욕탕 주변에 흔히 각종의 料食業所들과 紅燈街가 있어서 고전적 三樂으로 알려진 balnea, vina, Venus가 沿接되어 있었다. W.H. Gross, “Thermen,” *Der Kleine Pauly* V (1975/1979) Sp. 742. 노예의 이름이 하필 Eros인 것은 이러한 사정을 암시하는 것일까? (그러나 실은 Eros는 Stichus나 Phamphilus처럼 法學文헌에서 널리 사용된 노예이름 중의 하나이다).

(9) Manigk(위註 3) 92 n. 1; F. Wubbe, “Der Streitwert bei der actio Serviana,” *Festschrift für M. Kaser* (1976) 179ff., 194 n. 54. 일반적으로 “pignori dare”에 관해서는 Kaser, “Studien zum römischen Pfandrecht II,” TR 47 (1979) 195 ff., 200 bei n. 6/7; “Studien zum römischen Pfandrecht I,” TR 44 (1976) 233 ff., 237 bei n. 20. “rem pignori dare”라는 표현은 율리아누스의 경우에도 잘 알려져 있다: Manigk, *aaO.* 69f.

質은 처음부터 占有質이었다고 추론할 수는 없다. 왜냐하면 그가 후에 어떠한 이유에 기해서 占有를 획득했을 수도 있기 때문이다. 그러나 특히 無占有質의 경우에 常用化한 定式的 표현인 “pignori esset”에도 불구하고 第1의 入質이 占有質이었을 공산은 크다.⁽¹⁰⁾

b) 質權設定이 法律行爲에 의한 것임은 多言을 요하지 않는다.

c) 언제 第2債權者가 第1債權者를 제소했는가 하는 문제는 임대차기간이 개시한 후라는 Wacke의 견해와는 달리 一義的으로 대답할 수 없다. 그 이유는 “licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur”는 반대해석하던 履行期가 도래하지는 않았다 할지라도 적어도 金額上 確定可能한 債權을 요구하는데, “pro conductione”로 부담되는 借賃은 경과한 임대차기간에 따라서 결정된다고 하는 그의 논리는⁽¹¹⁾ 설득력이 없기 때문이다. 왜냐하면, 提訴의 時點은 第2의 入質과 임대차기간의 始作 사이일 수도 있기 때문이다. 또, 우리는 借賃의 履行期가 언제 도래하는지에 관해서도 정보가 전혀 없으며, 賃借人이 다른 약정이 없는 한, 임대차기간의 경과 前과 後 어느 때에 지급을 해야 하는가도 불분명하다.⁽¹²⁾ 入質約款의 “donec mercedes[복수!] solverentur”는 分割給(내지는 一時의 後拂)쪽을 지지하는 것 같으나, 先拂의 支給方式(praenumerando)을 배제하는 것은 아니다. “구체적으로 使用한 정도에 따라서”의 의미로 보는 Wacke의 “pro conductione” 해석은 그러므로 개연성이 있기는 하지만 유일하게 가능한 해석은 아니다.

2. 爭點의 내용

본 단편에서는 質物인 노예를 둘러싸고 두 質權者 사이에 벌어진 引渡청구가 문제인데, 이때 第2債權者는 第1債權者의 質權이 도대체 발생하지 않았다고 주장한다. 그 이유는 入質당시에 被擔保債權이 존재하지 않았다는 것으로 압축된다(“quo nondum quicquam pro conductione deberetur”).

3. 同一物의 二重入質

다툼은 同一物을 數次에 걸쳐서 入質할 수 있는 가능성을 이미 전제로 하고 있다. 이 문제에 관해서는 Kaser로 대표되는 통설적 견해에 의하면 既入質物에 대한 質權設定은 다음과 같은 발전단계를 거친 것으로 이해된다.⁽¹³⁾

(10) Kaser, “Besitzpfand und besitzloses Pfand,” *SD* 45 (1979) 1 ff., 6f. bei n. 20. 入質의 定式에 관해서는 Manigk(위 註 3) 29f., 92 참조.

(11) Wacke, “Prozeßformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit,” *TR* 37 (1969) 369 ff., 388.

(12) Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. I (2 Aufl. 1971) 567 mit n. 42: 先拂: D. 19. 2. 30. pr; 19. 6; 33; 後拂: D. 19. 2. 9. 1; 60. pr; 24. 2-4; 12. 32.

(13) Kaser, “Mehrfache Verpfändung im römischen Recht,” *Studi in onore di Giuseppe Grosso* I (1968) 30 ff. = *Ausgewählte Schriften* II, 173ff.; *RP* I (위 註 12) 467; *Römisches Privatrecht* [Kurzlehrbuch] (8. Aufl. 1974) 125 f.; G. Schlichting, *Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht* (1973) 40ff.

즉, 債權者가 소유권과 유사한 攻取權(Zugriffsrecht)을 가졌던 古時의 法에 의하면 後續入質(Nachverpfändung)은 전혀 알려져 있지 않았다. 古典法에서는 第1質權의 소멸을 停止條件附로 하여서만 第2債權者를 위한 後續入質이 승인되었다(Afr. D. 20. 4. 9. 3; Pomp. D. 20. 4. 4; Paul. D. 20. 3. 3; D. 20. 4. 13f.). 第2債權者에게는 第1質權을 초과하는 잔여분(superfluum)만이 質로서 物上責任을 부담한다는 견해는 停止條件附入質과 相容한다(Gai. D. 20. 1. 15. 2; Tryph. D. 20. 4. 20; Pap. D. 46. 3. 96. 3; Paul. D. 22. 2. 6). 후에 後續質權者는 入質과 더불어 즉시 質物 자체에 대한 無條件의 質權을 취득하고 그리하여 物權的 質權의 訴權을 갖게 되었다(Marcell. D. 44. 2. 19; Marci. D. 20. 4. 12. 7; D. 20. 4. 12. pr.; Paul. D. 44. 2. 30. 1). 이것은 증대한 발전을 의미하는 것이지만, 후대의 去來實務에서는 아직 條件附入質이 행하여지기도 하였다(Marci. D. 20. 4. 12. 8).

이러한 質權制度의 시간적 발전과정의 재구성을 의문시하는 것은 아니지만 史料에 나타나고 있는 見解의 差異들은 달리 學說對立의 관점에서 설명해 볼 수도 있을 것이다. 同一한 物件에 대한 第2의 入質은 어떻게 이해해야 할 것인가? 하는 물음에 대한 대답을 우리는 다음과 같이 정리를 해 볼 수가 있는 것이다:

○ 第1債權者의 만족을 停止條件으로 한다고 보는 說:

- Sabinus (Pomp. 35 Sab. D. 20. 4. 4: "esset" 까지?)
- Julianus 및 Africanus (Afr. 8 quaest. D. 20. 4. 9. 3)
- Gaius (superfluum의 책임은 별도 약정 要)
(form. hyp. D. 20. 4. 11. 4와 D. 20. 1. 15. 2)

○ 第1債權者의 權利를 유보한 채로 즉시 有效하다고 보는 說:

- Nerva pater, Proculus, Plautius 및 Paulus (Paul. 5 Plaut. D. 20. 4. 13)
- Pomponius?
- Marcellus (19 dig. D. 44. 2. 19).
- Aristo 및 Paulus (Paul. 3 quaest. D. 20. 3. 3)
- Ulpianus (11 ed. D. 13. 7. 36. 1 i. f.)
- Papinianus 및 Marcianus (Marci. form. hyp. D. 20. 4. 12. pr 및 § 5)

이러한 전반적인 고찰에 의하자면 우리의 단편 fr. 9 pr은 로마質權法의 발전된 단계에 해당된다. 문제는 fr. 9 pr을 같은 율리아누스의 결정인 fr. 9 § 3과 어떻게 모순없이 파악할 수 있을 것인가 하는 점이다. fr. 9 § 3⁽¹⁴⁾에서 율리아누스는 第2의 質權을 第1質權의 소멸

(14) Africanus-Julianus D. 20. 4. 9. 3:

Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res

에 의해서 조건지워진 것으로(“*priore dimisso sequentis confirmatur pignus*”)보고 있는 반면에, fr. 9 pr에서는 第2債權者の 無條件의인 質權으로부터 출발하고 있는 것으로(“*adversus hunc creditorem petentem Erotem*”) 보이기 때문이다. fr. 9 pr이야말로 無條件의 後續質權(Marcell. D. 44. 2. 19)으로의 이행을 劃하는 것이라는 Tondo의 대답은 만족스럽지 않다.⁽¹⁵⁾ 왜냐하면 우리 단편의 사안에서는 양 당사자 중 어느 一方의 時的 優先順位를 확인하는 것이 문제인 것은 아니기 때문이다. 第1債權者の 質權設定이 시간적으로 앞섰다는 것은 다투어지고 있지 않을 뿐만 아니라, 또한 단순한 時的 優先順位는, 第2債權者가 本件에서처럼 第1債權者の 質權設定이 有效하지 않았다고 주장하는 경우에는, 그리고 그렇게 주장하는 限, 아직 필연적으로 權利上的 優先順位를 의미하지는 않기 때문이다.⁽¹⁶⁾ 그렇다면 율리아누스는 本件의 경우 fr. 9 §3에서 취한 입장을 전혀 변경할 필요가 없는 셈이다.

4. 訴訟法的 側面

質權의 보호에는 共和政 後半期이래 法務官의 救濟手段, 특히 *actio Serviana*가 質權者를 위한 일반적 對物訴權(*actio in rem*)으로서 이용되었다.⁽¹⁷⁾ 本件에서는 第2債權者가 이 訴權을 행사하고 있다. 하드리아누스 황제의 永久告示錄에 수록된 模範方式書는 다음과 같았을 것으로 추정된다.⁽¹⁸⁾

“S.p. inter A^m A^m et L. Titium convenisse, ut ea res q.d.a. A^o A^o pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o condemnato, s.n.p.a.”

(原告와 루키우스 디티우스[質權設定者] 사이에 문제의 물건이 債務金으로 인하여 원고에게 入質된다고 約定되었고, 同物件이 約定 당시에 루키우스 디티우스의 재산에 속하였고, 同金員이 번제되지도 그 명목으로 담보가 제공되지도 않았고, 번제되지 않는 것이 原告측의 책임이 아닌 것이 判明되는 경우에는, 同物件이 審判人의 裁定에 따라서 回復되지 않는 경우에는, 同物件이 상당할 만큼의 金員을 審判人은 被告가 原告에게 지급하도록 有責判決을 내려라. 만일에 判明되지 않으면 免責判決을 하라.)

a) 第2債權者の 原告適格

第2債權者の 원고로서의 適格은 方式書에 의하면 有效하게 設定되어 提訴時(위 IV 1c)

in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo, quia neque tunc cum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevis convallescere possit. haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit Maevio obligatum esse.

(15) Tondo, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi* (1959) 203 f.; 또한 Wacke (위註 11) 388 n. 84.

(16) Wacke (위註 11) 397f.; 위 IV 2 참조.

(17) Kaser, *Röm. PR* [Kurzlehrbuch] (위註 13) 128; *RP I* (위註 12) 472ff.; Wubbe(위註 9) 179ff.

(18) Lenel, *Das Edictum Perpetuum* (3. Aufl. 1927) § 267 (특히 494f.).

에 아직 존속중인 質權을 전제로 한다. 개별적으로 살펴보자면: ⁽¹⁹⁾

— 質權設定契約(*conventio pignoris*);

— 入質할 物件에 대한 질권설정자의 法務官法上的 所有權(*in bonis esse*) 및

— 被擔保債權이 존재해야 하며,

— 끝으로 債權은 소멸하지도, 달리 담보가 제공되지도 않았어야 하며, 또 債權者가 受領 遲滯에 빠져있지 않아야 한다.

本 fr. 9 pr에서 이 각 구성요건적 징표들은 모든 점에서 충족되고 있다(第1點과 第3點은 明示的으로, 나머지는 암묵적으로).

b) 第1 債權者의 被告適格

모든 占有者는 정당한 피고인 바 ⁽²⁰⁾, 本件에서도 이 점에서는 아무런 의문이 없다(위 IV 1 a).

c) *Actio Serviana*와 *exceptio rei sibi ante pigneratae*

*Actio Serviana*의 方式書는 피고가 원고이외에 —어찌던 順位에 있어서 우선인— 質權을 동일한 물건에 대하여 가질 수 있다는 사정은 이를 고려하고 있지 않다. 소유물반환청구의 訴(*rei vindicatio*)와 유사하게 *actio Serviana*는 단지 원고에게 그가 주장하는 權利가 귀속하는가 아닌가의 여부만에 초점을 둔다. 그러므로 피고는 자신의 競合하는 質權을 주장하기 위해서는 抗辯(*exceptio*)을 필요로 하게 된다. 抗辯 없이는 그의 競合적인 質權은 고려되지 않는다. ⁽²¹⁾ 이 抗辯은 *Marcellus D. 44. 2. 19* ⁽²²⁾에서는 “*exceptio rei sibi ante pigneratae*”(“자신에게 先順位로 入質된 물건의 抗辯”)으로, *Ulpianus D. 20. 1. 10* ⁽²³⁾에서는 “*exceptio ‘si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset’*”(“동일물이 내게도 또한 入質된다고 約定되지 않은 경우에는”이라는 抗辯”)으로 불리우고 있다.

本 fr. 9 pr에서는 第1 質權者가 第2 質權者의 物權반환청구에 대하여 *exceptio rei sibi*

(19) Kaser, *RP* I (위 註 12) § 110 II 1 및 § 111 W 3 (463 f.; 473).

(20) Kaser, *RP* I (위 註 12) 473; *Röm. PR* [Kurzlehrbuch] (위 註 13) 128.

(21) Wacke (위 註 11) 370 f.; 373f. 그러나 敗訴한 第1 質權者가 別訴로써 다시 반환청구를 하는 것은 통상의 *rei vindicatio*의 경우와 달리 허용되는데, 왜냐하면 競合的인 質權이 前訴의 대상이었던 것이 아니므로 既判物의 抗辯(*exceptio rei iudicatae*)이 인정되지 않기 때문이다(Paul. *D. 44. 2. 30. 1*; *Marcell. D. 44. 2. 19* [아래 註 22]).

(22) *Marcellus D. 44. 2. 19 (19 dig.)*:

Duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit: egit posterior cum priore pigneraticia et optinuit: mox ille agere simili actione instituit: quaesitum est, an exceptio rei iudicatae obstaret. si opposuerat exceptionem rei sibi ante pigneratae et nihil aliud novum et validum adiecerit, sine dubio obstat: eandem enim quaestionem revocat in iudicium.

(23) *Ulpianus D. 20. 1. 10 (73 ed.)*:

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: ‘si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.’ si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli.

ante pigneratae를 행사하였음이 분명하다(“an... locatorem praetor tueri deberet”).⁽²⁴⁾ 그런데 exceptio의 경우에도 actio Serviana의 경우와 마찬가지로의 有效要件이 존재하지 않으면 안된다.⁽²⁵⁾ 이제 원고는 第1質權者의 抗辯에 대하여 그의 質權은 附從性的의 要件이 결여되었으므로 유효하게 설정된 것이 아니라고 再抗辯(replicatio)하였다(“eo tempore... deberetur” 참조; 위 IV 2).

5. 實體法的의 側面

a) 第1質權者의 地位

Exceptio rei sibi ante pigneratae의 행사는 有效한 質權에 의해서만 할 수가 있다. 有效要件중에서 被擔保借賃債權만이 다루어지고 있다(위 IV 4a). 장래에야 비로소 기한이 도래하는 借賃채권으로 質權의 발생에 족한가? 율리아누스와 아프리카누스는 共和政이 지나면서 확립되었던 質權의 附從性的의 원칙⁽²⁶⁾을 비록 파기하지는 않았다 하더라도 적어도 완화시킨 것은 아닌가?

aa) 借賃債權의 性質決定

목욕탕은 7월 1일자로 임대되었다. 이 사정은 과연 어떻게 이해해야 할 것인가? 오늘날의 이론에 의하자면 이와같은 경우는 이른바 始期附法律行爲에 해당된다. 그런데 널리 始期라고 할 때 크게 두가지로 나누어서 설명하는 것이 보통이다. 하나는 법률행위의 效力의 發生의 時期를 장래의 확정적 사실의 발생에 의존케 하는 「停止期限」(aufschiebend befristet)이고, 다른 하나는 債務의 履行의 時期를 장래의 확정적 사실의 발생에 의존케 하는 「履行期限」(betagt)이다.⁽²⁷⁾ 日本民法 제135조 1항은 프랑스民法 제1185조이하(terme), 이탈리아民法 제1183조이하(termine)등과 함께 後者만을 明文으로 규정하고 있으나, 해석에 의하여 前者도 인정한다.⁽²⁸⁾ 반면에 우리民法 제152조 1항은 文言上 명백히 前者만을 규정하여 독일民法 제163조의 立法例를 따르고 있으나, 제387조·제468조·제743조 등에서 履行期限 역시 인정하고 있다.⁽²⁹⁾

그러면 로마법에서는 어떠했을까? 특히 遺贈과 관련하여 dies cedens(權利發生日)와 dies

(24) Wacke(위註 11) 387f.; Tondo(위註 15) 202f.

(25) Wacke(위註 11) 382.

(26) Kaser, *RP* I (위註 12) 465.

(27) 陳成奎, 註釋民法總則(下)[朱宰璜·金曾漢 編](1979) 554면. 그러나 郭潤直, 民法總則[再全訂版](1985) 514면이하; 金曾漢, 民法總則[新稿](1983) 326면은 이 양자를 구별하지 않고 一括하여 始期로 보고, 李英俊, 民法總則(1987) 738면이하는 停止期限만을 始期로 본다.

(28) 다루어짐. 金山正信, 註釋民法(4) [於保不二雄 編集](1967) 317면 이하.

(29) 陳成奎(위註 27) 554면은 앞에서는 民法 제152조 1항의 始期에 履行期限이 포함되는 듯이 설명하고 바로 뒤에서는 同條는 停止期限만을 규정한다고 함으로써 애매한 점이 보인다. 독일民法의 경우에도 다툼이 있으나 현재의 通說은 제163조는 停止期限에 관한 것이고, 제271조 2항, 제813조 2항은 履行期限에 관한 것으로 새긴다. Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* (1985) § 43 (Rn. 597f.) m.w.N.

veniens(權利請求日)의 구분이 알려져 있었고⁽³⁰⁾, 또 일반적으로 始期(ex die)와 終期(ad diem)도 법률행위의 附款으로서 널리 이용되었다. 다만 주의할 점은 確定期限(dies certus) 附 債權行爲의 경우에는 통상 相續가능한 채권채무가 즉시 발생하고, 단지 履行期限만이 그 確定期限의 到來까지 연기됨으로써 그때가서야 비로소 채권을 訴求할 수 있는 것으로 봄으로써, 이 경우 始期를 원칙적으로 履行期限으로 이해했다는 사실이다.⁽³¹⁾ 그리하여 Wacke가 借債청구권은 장애에야 비로소 期限이 도래하며 따라서 履行의 訴는 時機尙우이며, 諾成契約으로서의 locatio conductio(임대차)는 그 계약체결과 더불어, 즉 借賃에 관하여 약정을 하자마자(de mercede convenerit) 완성되고, 그리하여 本件의 경우 결국 단순한 장애의 채무가 아니라 履行期限附 채무라고 해석하는 것은 이상의 통설적 관점에서 이해될 수 있다. 그는 다음과 같이 논지를 전개하고 있다:

“그럼에도 불구하고 質物은 이미 債權者에게 기속되어 있으니, 왜냐하면 그로부터는 그의 借賃청구권을 그의 의사에 반하여서는 더이상 박탈할 수가 없기 때문이다(‘quoniam iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset’). 諾成契約으로서 locatio conductio는 그 체결로써… 완성된다. 그러면 借賃지급의무의 발생을 借賃人은 더이상 一方的으로 저지할 수가 없다. 禁止權은 상대방의 중대한 의무위반이 있는 경우에 한하여서만 이를 가질 것이다. 그가 賃貸목적당을 利用하지 않으면 그는 受領遲滯에 빠질 것이다. 그리고 契約의 解消는 賃貸人의 同意를 요할 것이다. 그러므로 이것은 履行期限附의 (betagt)…債務이다.”⁽³²⁾

Wacke의 논의에 대해서는 두가지를 지적할 수가 있다. 하나는, 만일에 그가 借賃청구권을 “ius pignoris”와 동일시한다면 이는 완전히 정확하지는 않다는 점이다. 만일에 동일시하지 않는다고 한다면 그의 推論은 本末이 전도된 것이다. 즉 율리아누스의 理由文 “quoniam... posset”로부터 그의 근거인 “왜냐하면…때문이다”가 나오는 것이 아니라, 그 반대이기 때문이다. 借賃청구권이 質權으로부터 근거지워지는 것이 아니라 質權이 借賃청구권

(30) 상세는 Kaser, *RP* I (위註 12) 752; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* (8^e éd. 1929) 979ff.

(31) 通說: Kaser, *RP* I (위註 12) 258 mit n. 67/68(Fr. Vat. 55=D. 45. 3. 26; D. 12. 6. 10; D. 36. 3. 9; D. 44. 7. 44. 1; D. 45. 1. 46. pr); Girard (위註 30) 500ff. (위의 것외에 Inst. 3. 15. 2; D. 50. 16. 213. pr); Pasquale Voci, *Piccolo manuale di diritto romano* I [parte generale](1979) 317f. (위의 것외에 D. 35. 1. 1. 1); 船田享二(위註 2) 272; 이미 Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. III (1840) 210. 중요한 史料를 소개해 보면:

Inst. 3. 15. 2: (Stipulatio) in diem (fit), cum adiecto die quo pecunia solvatur stipulatio fit: veluti ‘decem aureos primis kalendis Martiis dare spondes?’ id actum, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest.

Paul. D. 45. 1. 46. pr (12 Sab.): ‘Centessimis kalendis dari’ utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.

Paul. D. 44. 7. 44. 1 (74 ed.): Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. ex die veluti ‘kalendis Martiis dare spondes?’ cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur.

Paul. D. 12. 6. 10 (7 Sab.) (아래 本文 證註 33 다음 부분 참조).

(32) Wacke(위註 11) 387; 390 n. 94.

으로부터 근거지워지는 것이기 때문이다(아래 bb). 다른 하나는, 이행기한부 채권으로 보는 限 “受領遲滯”란 云謂될 필요가 없다는 점이다. 당사자들이 羈束받는다든 사실은 특히 *conventio pignoris*(質權契約)의 時點(“eo tempore... iam tunc”)으로부터이므로 수령지체 여부와는 독립하여 근거지워야만 하고 또 근거지울 수 있기 때문이다.

또 Wacke는 본 단편에서는 第1債權者의 보호가 契約 체결로써 이미 시작될 것인지 따라서 그의 借賃 청구권의 이행기 도래 전에 이미, 심지어는 확정된 賃貸借기간의 始作 이전에 보호가 시작될 것인지 하는 데 대해서는 침묵하고 있다고 보나⁽³³⁾, 이는 잘못이다. 왜냐하면 決定의 理由文은 방금 보았듯이 바로 *conventio pignoris*의 時點에 소급적으로 관련 지워지고 있기 때문이다(“iam tunc”). 또 履行期限附 채권을 인정하는 자신의 입장에도 모순된다. 이때에는 履行期前이라 하더라도 일단 辨濟가 있게 되면 반환을 청구하지 못한다고 하는 점에서(Paul. D. 12. 6. 10 [7 Sab.]: *In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit*; 또한 Ulp. D. 12. 6. 17; 우리民法 제743조 1문) 第1債權者의 채권의 效力이 인정되고 있기 때문이다.

그러나 이러한 해석에 대해서는 계속적 채권관계로서의 임대차관계의 특성을 고려할 때 의문이 제기된다. 왜냐하면 「오는 7월 1일자로 임대한다」는 계약은 일반적으로 履行期限附라기보다는 停止期限附로 새기는 것이 타당한 것으로 생각되기 때문이다.⁽³⁴⁾ 사실 7월 1일 전에는 임대인의 使用(收益)케할 의무도, 또 이와 관련하여 特約이 없는 限 임차인의 借賃 지급의무도 개시되지 않을 것이 분명하기 때문이다. 借賃지급방식에 관하여 이미 살펴본 바와 같이(위 IV 1c) 分割給方式이외의 별다른 특약이 있었던 것은 아니라고 가정한다면, 더욱욱 各分割金(pensio)에 관하여 停止期限이 인정되어야만 할 것이다. 임대인이 8월의 사용·수익을 7월에 부여할 수 없듯이, 만일에 착오로 7월에 借賃이 두 배로 지급되었다면 過多분을 8월의 借賃의 先拂로서 보유할 수는 없다고 보아야만 하며⁽³⁵⁾, 이것은 Paul. D. 12. 6. 10(또한 우리民法 제743조 1문; 독일民法 제813조 2항)가 적용되지 않는다는 것을 의미한다. 다시 말하면 이 경우 履行期限이 아니라 停止期限이 문제된다는 것을 알 수 있다. 그리고 始期가 원칙적으로 履行期限으로 이해되었다는 근거로서 通說이 들고 있는 史料들(위 註 31)은 一回的給付를 내용으로 하는 問答契約(stipulatio)에 국한되고 있어서 繼續的債權關係인 임대차에도 一律的으로 타당한지도 의문이다. 오히려 Labeo D. 19. 2. 60. pr⁽³⁶⁾은

(33) Wacke(위 註 11) 388. 正見: Kaser, SZ 78 (1961) 472 n. 50; Girard(위 註 30) 823 n. 2(“du jour de sa constitution”). 다만 Wacke도 결과적으로는 이를 긍정한다(aaO. 389; arg. Ulp. D. 20. 1. 14. pr[아래 註 42]). 그러나 그의 논거는 그릇된 것이다(아래 b).

(34) 李英俊(위 註 27) 737f.; Hübner(위 註 29) 454; Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* (6. Aufl. 1983) § 25 V; 金山正信(위 註 28) 318f.

(35) 異見: Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II. Bd. (2. Aufl. 1975) § 41(730).

(36) *Labeo D. 19. 2. 60. pr (5 post. a Iavoleno epit.)*:

Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex calendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit...

停止期限쪽을 지지하는 것으로 이해된다.

本件의 경우에 Wacke와 같이 履行期限附로 새기게 되면 第1債權者의 債權은 이미 發生한 것으로 보는 결과 被擔保債權으로 인정하는 데 아무런 장애가 없게 된다. 반면에 停止期限附로 새기게 되면 第1債權者의 債權은 아직 발생한 것이 아니므로 과연 被擔保債權으로 일단한 實體가 있는가 하는 것이 문제로 된다. 율리아누스는 이 점에 관하여 적극적인 형태보다는 오히려 소극적이고 신중한 방식으로 第1債權者의 地位를 표현하고 있다: “quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo non solvi posset.” 이것은 契約當事者들이 그들의 의사표시의 不可撤回性이라는 의미에서 체결된 계약에 羈束된다는 사정을 명확하게 천명한 것이다. 이 理由 역시 적극적으로 債權의 존재를 인정하는 履行期限說보다는 停止期限說을 지지한다고 볼 것이다. 停止期限의 경우에 이러한 기속은 오늘날의 이론에 의해서도 인정된다.⁽³⁷⁾

그러던 이러한 기속은 被擔保債權의 존재를 근거지울 수 있을 만큼 強固한 것인가? (아래 bb).

bb) “in ea causa esse”의 의미

答申理由인 “이미 그때에 에로스는 그에 설정된 質權이 임대인의 의사에 반하여 해소될 수 없다고 하는 상태에 있기 시작하였으므로”는 일견 아무것도 근거지우지 않거나 同語反復의인 것처럼 보인다: 임대인의 質權은 보호할 것이니, 그의 質權(ius pignoris)은 이처럼 확고한 것이기 때문이라고 하는 내용이니 말이다. 여기서 율리아누스의 思考過程은 추론형태가 縮略된(entymematisch) 것이다. 答申을 한 법률가의 推論은 다음과 같다: 목욕탕이 7월 1일자로 임차되었고 그래서 노예의 入質 당시에는 임대차관계로부터 어떠한 구체적인 청구권도 발생하지 않는 것이 사실이기는 하지만, 그러나 羈束은 존재한다(위 aa). 이 羈束이 一方的으로⁽³⁸⁾ 해소될 수 없는 限, 이 “obligatio”는 이미 質權의 확고한 기초이고, 質權者로서의 第1債權者의 法的地位(ius pignoris in eo)는 이를 비록 質權을 아무런 제약없이 가지고 있는 자의 法的地位라고 하지는 못할지라도, 이 地位는 이제는 더이상 공격가능하지 않을 만큼은 확고한데 (“in ea causa esse, ut ius pignoris solvi non posset”), 특히 第2質權者는 그저 條件附質權만을 주장할 수 있음(위 N 3 i.f.)을 감안하면 그러하다. 그러므로 결국 第1債權者의 지위는 履行期限說을 취하든 停止期限說을 취하든 이 점에서는 차이가 없는 것이 되는 셈이다.

“ut invito locatore... posset”가 第2質權者의 ius offerendi et succedendi(辨濟에 의한 先順位의 代位權)과 아무런 관계가 없음은 명백하다. 왜냐하면 이미 언급했듯이 同文章은 第1質權設定의 時點을 소급적으로 지시하며 그 主語는 그리하여 質權設定者일 수 밖에 없기 때

(37) Larenz (위 註 34).

(38) 雙方에 의한 actus contrarius(還元行爲)에 대하여는 Tondo (위 註 15) 176 n. 7 참조.

문이다. 다른 또 하나의 이유는 ius offerendi et succedendi는 “先順位 債權者의 의사에 反하여(invito priore creditore) 관철가능하기 때문이다.”⁽³⁹⁾

b) 答申理由의 타당성

그러면 율리아누스의 결정은 타당한가? 같은 법률가의 본 단편에 뒤이은 fr. 9 §1과 §2⁽⁴⁰⁾을 함께 고려하여 보면 이 결정은 단연 정당화된다. 즉 占有中인 條件附채권자가 後順位의 채권자의 質物返還請求에 대하여 보호받아야 된다고 한다면(fr. 9 §1: sub condicione... deberi coeperit), 占有中인 始期附채권자는 더더욱 보호되어야만 하기 때문이다.⁽⁴¹⁾

한편 Wacke는 Ulpianus D. 20.1.14. pr⁽⁴²⁾의 결정과 비교해 보아도 fr. 9. pr의 결론은 정당화된다고 보아야만 하기 때문이라고 생각한다.⁽⁴⁴⁾ 그러나 이는 잘못이다. 왜냐하면 D. 20.1.14. pr은 債權者와 質權設定者 사이의 訴權에 관한 것이므로 債權者들 사이의 抗辯을 근거지울 수는 없기 때문이다. 즉 同一한 당사자들 사이에서만 타당한 法理를 相異한 당사자 관계에 적용한 과오를 범한 것이다.

6. 現行法과의 比較

현행법에 의하면 動產의 入質은 直接占有의 移轉이 없이는 불가능하므로(民法 제329조, 제330조, 제332조) 數次に 걸친 質權設定은 생각할 수 없다. 그리고 抵當權과의 비교도 抵當權의 경우에는 不動產만이 대상이 되고(民法 제356조), 또 그 公示와 順位の 확정을 위하여 발달된 登記簿제도가 마련되어 있으므로(不動產登記法) 어려움이 따르게 된다. 그러므로 결국 現行법과의 비교는 被擔保債權의 차원에서만 행해질 수가 있는데, 우리民法 제154조, 제148조, 제149조의 규정들이 바로 fr. 9. pr에 표명된 法理를 직접계승한 것임은 이상의 논의로써 분명해졌으므로 다시 多言을 요하지 않을 것이다.

(39) Kaser, *RP* I(위註 12) 467 n. 49; Kaser, *St. Grosso* I(위註 13) 45; Wacke(위註 11) 397f.

(40) *Africanus D. 20.4.9. 1/2*:

(1) *Amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, si modo non ea condicio sit, quae invito debitor impleri non possit.*

(2) *Sed et si heres ob ea legata, quae sub condicione data erant, de pignore rei suae convenisset et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit ac post condicio legatorum exstitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.*

(41) Wacke(위註 11) 390; A. Masi, *Studi sulla condizione nel diritto romano* (1966) 112f.

(42) *Ulpianus D. 20.1.14. pr* (73 ed.):

Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mei: et ita Celsus scribit.

(43) 또한 *Liber Sextus* 5. 12. *De regulis iuris, Reg. 71 (Bonifacius VIII)*:

Qui ad agendum admittitur, est ad excipiendum multo magis admittendus.

(44) Wacke(위註 11) 388 ff.